

Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos? *

Nuria Castelló Nicás

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-06, pp. 1-29. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-06.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 19-06 (2017), 22 jul]

RESUMEN: La reforma 1/2015, que crea una sección específica para el delito de administración desleal, no ha conseguido acabar con el problema de delimitación de esta figura con la del tipo de apropiación indebida, conflicto que venía arrastrándose desde la introducción de la administración desleal como delito societario en el Código penal de 1995. Las dudas sobre los comportamientos a castigar por vía del art. 252 vigente se han acrecentado en virtud de su nueva ubicación sistemática, la flexible redacción del mismo, así como por la elevación de la pena que establece.

PALABRAS CLAVE: Administración desleal, apropiación indebida, delito societario, delito patrimonial, deslealtad, defraudación.

ABSTRACT: The reform 1/2015, which creates a specific section for the crime of fraudulent management, has not been able to end the problem of delimitation between this offence and the crime of misappropriation, a conflict that has been dragging since the introduction of fraudulent management as a corporate crime in the Penal Code of 1995. Doubts about what is the criminal behavior defined by art. 252 have increased because of its new systematic location, of its ambiguous wording, as well as of the more severe penalty that it establishes.

KEYWORDS: Fraudulent management, misappropriation, corporate crime, property offences, disloyalty, fraud.

Fecha de publicación: 22 julio 2017

SUMARIO: I. Introducción. II. La situación anterior a la reforma de 30 de marzo de 2015. 1. Antecedentes legislativos previos a 1995. 2. La situación desde 1995 hasta la reforma de 30 de marzo de 2015. III. La situación tras la reforma de 30 de marzo de 2015. 1. Principales cambios de la regulación resultante de la Ley 1/2015. 2. Las consecuencias de la nueva ubicación del delito de administración desleal. 3. Conductas de administración desleal y límites con el delito de apropiación indebida.

* Artículo redactado en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ-6512, "Tratamiento jurídico del fraude en el deporte" (investigador principal Dr. Morillas Cueva).

I. INTRODUCCIÓN

Muchas expectativas despertó la reforma 1/2015, de 30 de marzo, sobre el fin de los problemas de colisión entre la apropiación indebida y la administración desleal que durante años venían generando diversas interpretaciones y argumentos, ya de naturaleza judicial o ya de orden doctrinal, sobre la adecuada ubicación de determinados comportamientos que a la par podían verse calificados como delitos de apropiación indebida o como delitos de administración desleal. Desde el concurso de normas, pasando por el concurso de delitos, hasta encontrar cada cual su campo de actuación propio, la doctrina y la jurisprudencia fueron tejiendo sus consolidadas tesis al respecto, más que justificadas, uno de cuyos argumentos se basaba precisamente en la diferencia punitiva entre uno y otro, más grave, como sabemos, la apropiación indebida que la administración desleal, lo que dio pie a no mitigar las penas del administrador desleal y de comportamiento fraudulento cuya actuación, ya fuera en beneficio propio o de terceros, encontró mejor encaje en el marco de la apropiación indebida, por exceder precisamente los márgenes de lo que podría considerarse una deslealtad, para pasar directamente al ámbito de la defraudación en sentido estricto.

Veamos, sin embargo, y muy brevemente, qué es lo que había venido sucediendo hasta la reforma del año 2015.

II. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 30 DE MARZO DE 2015

1. Antecedentes legislativos previos a 1995

No será hasta el año 1995 que la administración desleal se incorpore al catálogo de tipos penales del nuevo texto punitivo, en el marco, diferente, de los delitos societarios (Capítulo XIII), concretamente, como sabemos, en el artículo 295¹, con una dicción que se ha mantenido exactamente en los mismos términos hasta la reforma del año 2015. Pero curiosidades del Derecho penal, en el Código penal de 1822, Capítulo VI (“De los abusos de confianza”), del Título III (“De los delitos contra la propiedad de los particulares”), aparece lo que podemos considerar los antecedentes de este delito, redactado, obviamente, de conformidad con el lenguaje de la época: Art. 778: “El administrador ó encargado de bienes ó de negocios, que faltando á la lealtad que debe á su principal, descubriere en perjuicio del mismo los secretos del patrimonio, administración ó cargo que tuviere confiado, ó estraviare fraudulentamente los instrumentos que se le hubieren entregado, ó en otra manera

¹ “Art. 295. Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

se hubiere portado con dolo en su encargo ó administracion, sufrirá la pena de reclusión de tres meses á un año, y una multa de cincuenta á sesenta duros”².

Complementario en dicho texto punitivo, pero próximo a la apropiación indebida, es el artículo 777 del mismo: “Cualquiera que teniendo confiado un depósito se lo hubiere apropiado en todo ó parte, ó habiéndosele franqueado alguna cosa con el objeto de verla y enterarse de ella para comprarla, ó para satisfacer la curiosidad, ú otro motivo, la hubiere sustraído, sufrirá una multa igual al valor de la misma cosa, y de los perjuicios que su falta hubiere causado ó causare al dueño, poseedor o tenedor, y además un arresto de diez días á dos meses”.

No sucede así en el Código penal de 1848, el cual incorpora el delito de apropiación indebida en redacción muy similar a la actual, en la Sección Segunda (“Estafas y otros engaños”), del Capítulo IV (“Defraudaciones”) y sin embargo deja de lado la administración desleal: “Art. 441. Son aplicables las penas señaladas en el art. 438:

1.º A los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comision o administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla”³.

Será el Código penal de 1870 el que añada la modalidad omisiva en la apropiación indebida, “o negaren haberla recibido”, así como la referencia al depósito miserable o necesario con la consiguiente elevación de la pena en tal caso (en el grado máximo)⁴, mientras que el texto de 1928 incluye otras modalidades comisivas junto al apropiarse y distraer: enajenar o pignorar; el resto se mantiene en los mismos términos (art. 725.5.º)⁵. En éste aparece, además, una referencia expresa a un *engaño* en la administración de una sociedad en el art. 734: “El miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una Sociedad anónima, o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas Sociedades, que en sus noticias o comunicaciones al público o en sus informes o proposiciones a la Junta de accionistas, consignare, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a

² También dedica el Código penal de 1822 dos preceptos en relación con la mala administración por parte del tutor, curador o albacea en relación con los bienes del “pupilo, menor ó demente, ó de la testamentaria que estuviere a su cargo”. En concreto, el artículo 773 se aproxima en mayor medida a una apropiación indebida (“se apropiare, malversare ó disipare fraudulentamente algunos bienes del pupilo, menor ó demente, ó de la testamentaria que estuviere á su cargo”), en tanto que el artículo 774 está más cerca de la administración desleal (“convencido de cualquiera otro dolo, ó de mala conducta tenida á sabiendas en la administración de dichos bienes, de cuyas causas haya resultado algun perjuicio en ellos ó en las acciones del pupilo, menor ó demente, ó de la testamentaria que tuviere a su cargo”). Todas las referencias históricas, en “*Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*”, López Barja de Quiroga, J.-Rodríguez Ramos, L.-Ruiz de Cordejuela López, L., Madrid, 1988.

³ Idéntica redacción la de su homónimo en el Código de 1850, en el artículo 452.1.º.

⁴ Art. 548. 5.º, también la Sección segunda (“Estafas y otros engaños”), del capítulo IV (“Defraudaciones”).

⁵ Introduce este precepto un párrafo final para castigar a los criados o dependientes por la apropiación de cosas o numerarios que tienen a su disposición o alcance por razón de su oficio o cargo, considerando la defraudación como delito continuado.

la verdad, será castigado con la pena de cuatro meses a un año de reclusión y multa de 5.000 a 20.000 pesetas”.

Por su parte, el Código de 1932 vuelve a la redacción de 1870, comprendiendo como conductas comisivas típicas sólo “apropiarse o distraer”⁶, e inserta, como ya lo había hecho anteriormente el texto de 1928 (arts. 718-719), comportamientos propios de una administración desleal en las insolvencias. Así, en la Sección Primera (“Alzamiento, quiebra, concurso e insolvencias punibles”), del mismo Capítulo IV (“Defraudaciones”), se castigan conductas cometidas por el *concurrido no comerciante* que deviene en insolvencia como consecuencia de actuaciones tales como: “Haberse apropiado o distraído bienes ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, comisión o administración” (art. 518.2.º), y otros comportamientos que bien pudieran considerarse como tal deslealtad en la gestión, por ejemplo, “haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando” (art. 517.4.º).

Por primera vez se encuentra la apropiación indebida en sección aparte en el Código penal de 1944 (art. 535), Sección Tercera (“De la apropiación indebida”), con redacción prácticamente igual a la anterior de 1932, castigándola con las penas de la estafa a las que remite, remisión presente también en los códigos anteriores. Iguales comportamientos sobre insolvencias punibles se recogen en dicho texto de 1944 (arts. 523 a 525).

Y por lo que respecta a la situación inmediatamente anterior al Código penal de 1995, esto es, al Texto refundido de 1973, presenta éste a la apropiación indebida en sección independiente, la 4ª, en delito único, el 535⁷, dentro del Capítulo IV rubricado “De las defraudaciones”. Con el paso al Código penal de 1995 se traslada al artículo 252⁸, tras la reordenación sistemática que llevó a cabo el mismo, pero mantiene su espíritu y sentido, dada su continuidad en el marco de las defraudacio-

⁶ “Art. 523. 5.º Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario”.

⁷ Decía así: “Art. 535. Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La pena se impondrá en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario. Igual pena se impondrá a los que encontrándose un bien perdido se lo apropiaren con ánimo de lucro”.

⁸ Art. 252. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable. (En cursiva las modificaciones respecto del anterior artículo 535).

La apropiación de bien perdido, a lo que se une “o de dueño desconocido”, con valor superior a cincuenta mil pesetas, pasa al precepto siguiente, el 253.

nes (Capítulo VI), en la Sección 2.^a. Tras la reforma 15/2003, de 25 de noviembre, se ajusta la moneda, elevándose hasta los cuatrocientos euros la diferencia con la correspondiente falta patrimonial.

El siguiente paso se produce con la aprobación del Código Penal de 1995 en los términos, sobradamente conocidos, a los que no obstante también nos referiremos a continuación con el objeto de valorar, desde la perspectiva del origen, tales figuras en el momento presente, así como apreciar, por un lado, los cambios acaecidos, y por otro lado, la supervivencia tras el transcurso del tiempo de aspectos esenciales de ellas.

2. La situación desde 1995 hasta la reforma de 30 de marzo de 2015.

Nada fácil ha sido para el estudioso, así como para el juez, interpretar y dar cabida y campo de actuación a la convivencia “armoniosa” de las figuras delictivas de apropiación indebida y de administración desleal. Introducida esta última, como sabemos, en el texto definitivo de 1995, han sido muchos los quebraderos de cabeza que ha suscitado su relación con el delito de apropiación indebida, en la que ha pesado sobremanera la pena inferior que presentaba aquélla, sobre la base de la alternativa condena a una multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, y ello a pesar de que la pena de prisión prevista ostentaba un margen superior (cuatro años), por encima del establecido para la apropiación indebida (tres años), con independencia, obviamente, de la posibilidad de imponer penas agravadas de conformidad con los tipos de tal entidad del artículo 250, de aplicación, en su caso, a los comportamientos de apropiación indebida en los que hubieran estado presentes dichas circunstancias agravatorias. Ello llevó a considerar que los tribunales se verían abocados a una injusta solución jurídica, al aprovecharse el infractor de un precepto que contemplada de forma expresa la característica esencial del sujeto pasivo, ser administrador, tipo especial y, por tanto, de preferente aplicación, lo que permitiría derivar la condena a través del nuevo delito de administración desleal, algo que, por otra parte, y en los albores de la aplicación del precepto pretendió el banquero Mario Conde, invocando no sólo la apreciación del mismo frente al delito de apropiación indebida, sino la absolución sobre la base de que su comportamiento era atípico al no existir tal precepto en el texto punitivo en el momento en el que tuvieron lugar los hechos⁹. Nada de ello sucedió, y precisamente su actuación en el caso *Argentia Trust* ha llevado a uno de los pronunciamientos más reseñados y comentados en todos los trabajos sobre la materia, y por supuesto, referenciados en la jurisprudencia posterior.

⁹ La tesis de la defensa se centraba en considerar que se estaba penalizando un hecho que cuando se cometió no era delito, y que en el momento de dicha resolución lo era a través del delito de administración desleal del artículo 295, de nueva creación, lo que implicaba su absolución ante la imposibilidad de aplicar retroactivamente el mismo. El TS consideró que el anterior artículo 535 había sido sustituido por el 252 y no por el 295.

Así, y por lo que podemos decir tras el examen de la resoluciones judiciales, los tribunales ha tratado de evitar, en la medida de lo posible, que resultara beneficiado quien con la ejecución de una conducta que se ajustaba a los elementos del tipo de apropiación indebida, aun ostentando el rango de administrador al que se refería de forma expresa el delito del artículo 295, pudiera resultar beneficiado precisamente por una característica que debía constituir un factor agravatorio frente al infractor común¹⁰.

Muchas han sido las opiniones sostenidas al respecto, desde la doctrina hasta el Tribunal Supremo, que ha realizado un tedioso esfuerzo, con obvios cambios que han tenido una lógica repercusión jurisprudencial en la aplicación de ambas normas.

Una escueta ojeada a algunas de esas opiniones doctrinales¹¹ y jurisprudenciales nos servirá de punto de partida para las conclusiones en orden a la valoración de la reforma de 2015.

GONZALEZ RUS sostuvo que la interpretación correcta era la que consideraba que el artículo 252 recogía exclusivamente el delito de apropiación indebida, estimando, con la doctrina mayoritaria, que lo correcto era entender que la apropiación indebida tipificaba actos de disposición definitiva del objeto material, mientras que la administración desleal del anterior artículo 295 castigaba actos de disposición provisional de bienes sociales¹². También para QUINTERO OLIVARES, “Se trata de tipos delictivos que contemplan conductas diversas y, en particular, el artículo 252 CP incrimina conductas que comportan la *apropiación o distracción dominical definitiva de lo ajeno* frente a las conductas de mera administración desleal de sociedad que incrimina el artículo 295”¹³. Igualmente, para MORALES PRATS, el art. 295 “venía a contemplar supuestos de administración ilícita de sociedades en los que no se verifica una apropiación-distracción definitiva de bienes en los términos de la apropiación indebida”¹⁴. En la misma orientación, para

¹⁰ Así, STS 165/2016, de 2 de marzo (JUR 2016/61605), de notable interés: “La tesis que postula el recurrente nos llevaría a considerar el delito societario, como se advirtió en la sentencia 476/2015, de 13 de julio, como un tipo de apropiación indebida privilegiado o atenuado por el mero hecho de que la disposición definitiva del dinero en beneficio propio tuviera como sujeto activo a un administrador de una sociedad y como víctima a la propia entidad para la que realiza la labor administradora. Con lo cual, el art. 295 en lugar de solventar una laguna legal en el ámbito societario estaría atenuando el tipo penal de la apropiación indebida clásica cuando la disposición definitiva del dinero en beneficio propio se produce en un marco societario. Esta opción hermenéutica ha de rechazarse, pues el objetivo del legislador fue punir la conducta de los administradores que, no pretendiendo quedarse definitivamente con un dinero que no les pertenece, realizaban conductas abusivas que claramente ocasionaban un menoscabo o perjuicio al patrimonio de la sociedad”.

¹¹ Vid., al respecto, ROCA AGAPITO, Luis, “Delitos societarios”, *Derecho Penal Español, Parte Especial (II)*, dir. Álvarez García, J., Valencia, 2011, págs. 749-750.

¹² GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI)”, *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, dir. Morillas Cueva, L., Madrid, 2011, págs. 516-517.

¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, dir. Quintero Olivares, G., Pamplona, 2011, pág. 699.

¹⁴ MORALES PRATS, Fermín, “Apropiación indebida y administración desleal: reflexiones político

CUGAT MAURI, las conductas que comportan detracción del patrimonio deben reconducirse a la apropiación indebida¹⁵. Poniendo el acento en la imposibilidad de devolución, según GÓMEZ BENÍTEZ, “no todos los actos dominicales dolosos e ilícitos sobre el dinero o, en general, sobre los bienes administrados, es decir, aquéllos que suponen un abuso de las facultades del administrador, son apropiaciones indebidas, sino sólo aquéllos que, además, implican imposibilidad de cumplir con la obligación del administrador de entregar o devolver otro tanto”¹⁶.

De otra opinión, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS incluyeron los incumplimientos definitivos de entregar o devolver dentro de la apropiación indebida, pero *simultáneamente* en la administración desleal societaria (concurso de delitos, de naturaleza ideal), pues según la opinión que defendieron en 2010: “No hay acto de disposición de bienes más claro ni mayor deslealtad y fraude en la administración que la indebida y definitiva disposición dominical de apropiación de los bienes o distracción del dinero o efectos por el administrador social”¹⁷. No descartaba tampoco el concurso de delitos en determinados casos entre la apropiación indebida y la administración desleal ROCA AGAPITO, al tratarse de tipos que protegen bienes jurídicos diferentes, aun cuando ambos sean de naturaleza patrimonial, concurso que será ideal (también medial), cuando el sujeto pasivo vea perjudicado su patrimonio por lo indebidamente apropiado y además por las consecuencias posteriores que se puedan derivar de esa apropiación¹⁸.

Otros criterios alusivos, en este caso, a la existencia de un concurso de normas a resolver, bien por el principio de especialidad¹⁹, bien por el principio de alternatividad²⁰, fueron también defendidos por los autores. La propia jurisprudencia hizo

criminales sobre la reforma del 2015 del Código Penal”, *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho*, coord. Maqueda Abreu, M^a L.-Martín Lorenzo, M.-Ventura Püschel, A., Madrid, 2016, págs. 703-704.

¹⁵ CUGAT MAURI, Miriam, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, dir. Córdoba Roda, J.-García Arán, M., Madrid, 2004, pág. 1126.

¹⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, *Diario La Ley*, (La Ley digital), Sección Doctrina, 1998, Ref. D-305, Tomo 6. La Ley 21312/2001, pág. 4. Abundando en ello, señala: “No es posible ontológica, significativa o contextualmente, según las preferencias metodológicas, un hecho penalmente típico de apropiación sin un incumplimiento definitivo de estas obligaciones y su dolo correspondiente” (pág. 5).

¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel-ROSO CAÑADILLAS, Raquel, “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”, *In Dret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2010, pág. 12. También LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, en “Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades”, *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho*, coord. Maqueda Abreu, M^a L.-Martín Lorenzo, M.-Ventura Püschel, A., Madrid, 2016, pág. 673.

¹⁸ ROCA AGAPITO, cit., pág. 750.

¹⁹ Aún en la actualidad, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles”, Pamplona, 2015, págs. 209-210: “Así pues, con carácter general, la administración desleal de dinero, efectos o valores entraría en el ámbito del artículo 252 y en el del artículo 253; por consiguiente, existe un concurso de normas en el que el artículo 253 funciona como ley especial al contener la referencia específica al dinero. A nuestro juicio, el concurso de leyes debe ser resuelto, como decimos, en razón al criterio de especialidad, funcionando, en los supuestos de dinero, como ley especial el artículo 253 frente al 252”.

²⁰ Así, ROCA AGAPITO, cit., pág. 750, para el caso del administrador que actúa dentro del ámbito de

suya de forma concluyente la estimación del concurso de leyes penales, criterio que, con buen juicio, fue dejando de lado, perfilando otro planteamiento más equitativo de la relación entre ambas normas, pues como bien señala MORALES PRATS, acudir para su solución al concurso de leyes penales, y concretamente se refiere este autor al principio de alternatividad, “provocaba efectos evidentes de pérdida de vigencia efectiva de este último precepto”²¹, es decir, del delito de administración desleal.

La jurisprudencia ha sufrido, pues, una evidente evolución en la concepción de ambos tipos penales. En este sentido, y aunque excesivamente citada en todos los trabajos sobre el tema, no podemos dejar de mencionar, aun sucintamente y como sugerente punto de partida, la sentencia del caso *Argentia Trust*, a la que ya nos hemos referido anteriormente, así como la del caso *Banesto*. La primera de ellas supuso la consolidación de un punto de vista particular en la relación entre los delitos implicados²². Recurre a un argumento que va a ser puente para el momento vigente, en el que nos encontramos con otro delito de administración desleal distinto al de la fecha de la sentencia, tanto en contenido como en ubicación sistemática, el cual, con toda seguridad, va a tener que ampararse nuevamente en el delito de apropiación indebida y coordinarse con él para dar cobertura a todos los supuestos que no encuentren adecuado cobijo en los términos de su redacción.

Dice así: “El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario” (fundamento de derecho octavo)²³.

En verdad, el delito de administración desleal del 295 no estaba enfocado a complementar al 252, sino a contemplar determinados comportamientos de gestión desleal acaecidos en el ámbito exclusivamente societario²⁴; sin embargo, cierto es que la interpretación que se llevó a cabo sobre el anterior artículo 252, y que se recoge en esta sentencia del TS sobre el caso *Argentia Trust* (sentencia de 26 de febrero de 1998 -RJ 1998/1196-), ha predeterminado la interpretación y aplicación

sus competencias pero de un modo desleal, por tanto, con abuso de sus funciones, y se apodera de bienes de la sociedad.

²¹ MORALES PRATS, cit., pág. 703.

²² Vid., la completa exposición de GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa, “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPCP 17-02 (2015), pág. 23 y ss., quien advierte que el origen de la doble perspectiva del delito de apropiación indebida (apropiar-distraer) se halla en sentencias de 7 de marzo de 1994 y 14 de marzo de 1994.

²³ Por otra parte, señaló que en adelante, ciertos actos de administración desleal o fraudulenta serán subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295, “porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan”, concurso de normas que, como sabemos, resuelve por la vía del principio de alternatividad.

²⁴ Así, STS 165/2016, de 2 de marzo (RJ 2016/61605). Vid. *supra* nota 10.

del mismo, recurso utilizado con el objeto de evitar la impunidad de algunos comportamientos, o la sanción más favorable que permitía el 295, lo que hubiera devenido en soluciones judiciales desiguales y desproporcionadas. Así, se estableció en aquella resolución que se yuxtaponían dos tipos distintos en el delito de apropiación indebida, por un lado, “el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal *distrayendo*²⁵ el dinero cuya disposición tiene a su alcance” (fundamento de derecho séptimo)²⁶.

Años más tarde, y también sobre el mismo justiciable, la sentencia de 29 de julio de 2002 (sentencia núm. 867/2002), caso Banesto, resolviendo el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia que había castigado, por vía del principio de alternatividad del artículo 8.4.^a por el artículo 535²⁷, corrige lo anterior sobre la argumentación, ya empleada en el caso *Argentina Trust*, de que el art. 535 no había sido sustituido por el 295, sino por el art. 252, delito de apropiación indebida, como señala la sentencia, que subsiste “con la misma amplitud –e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada-, que tenía en el Código Penal de 1973”, (fundamento de derecho vigesimotercero). La diferencia, sin embargo, con la anterior sentencia, se encuentra en una nueva representación gráfica de ambos delitos. Si en aquella consideró que la relación entre ellos era la que podría mostrarse a través de círculos secantes, en ésta sostiene que “la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración *desleal* y la apropiación indebida resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes”²⁸. En su conclusión, afirma el TS que:

²⁵ El énfasis es de la autora.

²⁶ Dice además que en esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status” (fundamento de derecho séptimo).

²⁷ Y con una errónea interpretación a nuestro juicio, por cuanto construía el concurso de normas entre el 535 del Código penal, Texto refundido de 1973, y el 295 del Código penal de 1995.

²⁸ Reproducimos varios considerandos de esta sentencia por su interés. Según ella, el administrador, “se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil”. Por el contrario, serían actos de administración desleal los ejecutados por el administrador que “no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a tercero”, beneficio, según entiende el TS, que no supone ingresar en el patrimonio propio bienes de la sociedad, bastando con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. A título de ejemplo cita lograr una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiadas, o una posición más ventajosa en el entramado societario, o incluso los usos temporales ilícitos de bienes posteriormente restituidos. Por otra parte, si el administrador, prevaliéndose de su cargo y de su posición en la entidad societaria “realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal”.

“en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad”.

“La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a la sociedad constituida o en formación” (fundamento de derecho vigesimooctavo).

Numerosos fundamentos de derecho ha dedicado el TS a aclarar las diferencias entre apropiación indebida y administración desleal, apartándose, más adelante, del criterio del concurso de normas. Como bien ha señalado MORALES PRATS, “era necesaria una impugnación de esta relación de concurso aparente de leyes, porque, como se ha dicho, las referidas figuras típicas asumían funciones de incriminación diversas, porque los juicios de desvalor de cada uno de los preceptos en juego también eran diversos”²⁹. Desde esos primeros pronunciamientos en que se hacía expresa alusión a la representación gráfica de círculos, ya fueran concéntricos, secantes -o tangentes-³⁰, en la línea defensora del concurso de normas penales a resolver, bien mediante el principio de especialidad, bien a través del criterio de alternatividad, hasta perfilar diversos y, con el tiempo, reiterados argumentos que han procurado clarificar la relación entre ambos, dejando de lado el concurso de leyes anteriormente sustentado, se ha recorrido un largo camino nutrido de variadas resoluciones³¹. Uno de los *argumentos cruciales* para ello –y últimos en su juris-

²⁹ MORALES PRATS, cit., pág. 703. Continúa además: “Era necesaria una interpretación enderezada a estratificar la gravedad en cada caso de las conductas de abuso de los administradores en las sociedades”.

³⁰ Vid., GÁLVEZ JIMENEZ, cit., págs. 27 a 31, a propósito de la distinción entre ambas figuras sobre la base de círculos concéntricos, secantes o tangentes que había sostenido el TS.

³¹ Recoge dicha evolución la STS 476/2015, de 13 de julio (RJ 2015/3592), STS165/2016, de 2 de marzo (JUR 2016/61605), STS 414/2016, de 17 de mayo (RJ 2016/2252), y STS 700/2016, de 9 de septiembre (RJ 2016/4411). Resumidamente, una primera línea explica la relación entre ambos preceptos como un concurso de normas a resolver por el principio de alternatividad; en otras ocasiones, ha recurrido a la figura de los círculos concéntricos aplicando el principio de especialidad, siendo el círculo mayor el de la apropiación indebida y el menor el de la administración desleal; posteriormente, la STS 91/2013, de 1 de febrero, siguiendo la STS 462/2009, de 12 de mayo, ha aplicado el criterio jurídico del objeto que comprende el espacio típico abarcado por ambos preceptos, de modo que si el 252 se refería a la disposición de dinero o activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el 295 abarcaría dos supuestos: la disposición de bienes de la sociedad con abuso de la función del administrador y la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada con estipulación de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador; otra línea arranca de la STS 656/2013, de 22 de julio, que cita a su vez la 91/2013, de 1 de febrero, y la 517/2013, de 17 de junio, entendiéndose que en el 252 apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento de la obligación de devolver, diferenciando al que se apropia, que atrae los bienes a su patrimonio, del que distrae, que los conduce en beneficio del patrimonio de un tercero, en tanto que en el 295 las conductas son actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero no implican apropiación, esto es, sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver; otro criterio sitúa la diferencia entre ambos desde la perspectiva de la estructura y el bien jurídico protegido. Así, en el 252 el acto dispositivo es una actuación

prudencia-, ha sido la “vocación de permanencia en la privación de la disponibilidad del titular”, esto es, “que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo”, lo que se ha expresado también en palabras del alto tribunal como la llegada de la conducta ilícita a un “*punto sin retorno*”³² hasta el cual el sujeto podía devolver la cosa sin consecuencias penales, característica atribuida a la conducta de apropiación indebida, pues a la administración desleal, a diferencia de aquélla, se le imputan “actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver”³³. Dice así, en sentencia 414/2016, de 17 de mayo (RJ 2016/2252):

“Este criterio no sólo tiene la ventaja de la claridad conceptual y funcional a la hora de deslindar el ámbito de aplicación de ambas figuras delictivas, sino que permite sustentar con parámetros más acordes de justicia material la diferencia punitiva que conllevan ambos preceptos (el art. 252 y el

fáctica, mientras que en el 295 es una facultad jurídica o capacidad de decisión jurídicamente reconocida que se ejerce de forma abusiva, siendo en ambos también diferente el bien jurídico protegido, de modo que en el 252 se protege la propiedad o patrimonio en sentido estático, y en la administración desleal se protege el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular, dimensión dinámica, pues, dirigida al futuro, dirigida a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría defraudada con el acto abusivo del administrador; en otras ocasiones se ha acudido al alcance de la extralimitación, diferenciando el exceso extensivo –apropiación indebida-, del exceso intensivo –administración desleal-; finalmente, las SSTS 656/2013, de 22 de julio, 517/2013, de 17 de junio y la 206/2014, de 3 de marzo sostienen que la tesis más correcta es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal, o sea, el 295 comprende “actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver”, de modo que **cuenta con un retorno que después no se produce**, mientras que la distracción de dinero del 252, ya a favor del autor o de un tercero, “presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico” (SSTS también 973/2009, de 6 de octubre; 271/2010, de 30 de marzo; y 776/2010, de 21 de septiembre). Vid. asimismo la evolución de la jurisprudencia en JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan, “El administrador ha distraído dinero de la sociedad ¿Apropiación indebida o Administración desleal?”, *noticias.juridicas.com*, 26 de noviembre de 2014. Extensamente, FARALDO CABANA, Patricia, “Los delitos societarios”, Valencia, 2015, pág. 44 y ss.

³² STS 18/2016 de 26 de enero (RJ 2016/1629) : “Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el “punto sin retorno”, es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007, de 19 de junio, STS 938/98, de 8 de julio, STS 374/2008, de 24 de junio, STS 228/2012, de 28 de marzo)”. Desde otra perspectiva, como señala la STS 165/2016, de 2 de marzo (JUR 2016/61605), “si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal más liviano, es decir, el de la administración desleal del art. 295 del C. Penal”

³³ STS 905/2014, de 29 de diciembre (RJ 2014/6716). En dicha resolución se califican de apropiación indebida actos consistentes en apropiarse de los beneficios generados por la diferencia entre el anticipo solicitado a los clientes para la matriculación de un vehículo nuevo vendido y el coste efectivo de esa gestión, así como la utilización de la tarjeta de crédito de la empresa para el pago de gastos particulares, como la instalación de aire condicionado en el domicilio personal. Del mismo tenor las sentencias citadas por ésta: STS 374/2008, de 24 de junio, STS 462/2009, de 12 de mayo, STS 517/2013, de 17 de junio, STS 656/2013, de 22 de julio, STS 765/2013, de 22 de octubre, STS 206/2014, de 3 de marzo, STS 370/14, de 9 de mayo.

295). Y es también el criterio aplicado en la STS 517/2013, de 17 de junio, que ubica la diferencia entre ambas figuras en que en la *administración desleal* se incluyen las *actuaciones abusivas y desleales* de los administradores que *no comporten expropiación definitiva* de los bienes de que disponen, *en beneficio propio o de tercero*, mientras en la *apropiación indebida* se comprenden los supuestos de apropiación genuina con “*animus rem sibi habendi*” y la *distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad*, siendo esta *diferencia* la que *justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable* si las conductas fuesen las mismas y sin embargo *se sancionasen más benévolamente cuando se cometen* en el ámbito societario, *por su administrador*”³⁴.

Otro de los puntos de caracterización de la apropiación indebida frente al delito de administración desleal lo ha sido la “**atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia**”³⁵, criterio ya reconocido como unánime tiempo atrás³⁶. En este sentido, también la STS 384/2013, de 30 de abril (RJ 2013/3726) admite dicho presupuesto, aunque mitiga la importancia de la incorporación del dinero al patrimonio del autor o de un tercero, centrando la trascendencia de la infracción del precepto en la *burla del destino pactado*³⁷, aunque, al fin y al cabo, el dinero no va a ser devuelto (si la intención es devolverlo, no habrá apropiación indebida, pese a haber sido invertido en empresa diferente a la del encargo)³⁸:

“la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio –puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada– sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto”.

³⁴ La letra cursiva es de la autora, remarcando las diferencias. Así también, STS 656/2013, de 22 de julio (RJ 2013/6782) y 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014/2104). Sigue este criterio del TS, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, cit., pág. 5.

³⁵ STS 905/2014, de 29 de diciembre (RJ 2014/6716), que cita la STS de 11 de julio de 2005. La letra negrita figura en el texto original.

³⁶ Así, sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 104/2005, de 22 de febrero (JUR 2005/145167), sobre la apropiación por el presidente de la asociación de padres de alumnos de un colegio de determinadas cantidades: “Siendo unánime el criterio jurisprudencial que establece que para la existencia del delito de apropiación indebida es requisito imprescindible la concurrencia de un ánimo de lucro y el consiguiente enriquecimiento ilícito producido por el ingreso en el propio patrimonio de las cantidades recibidas, *distrayéndolas de su comprometido destino*”. El énfasis es de la autora.

³⁷ Según ella, la “distracción” del delito de apropiación indebida “tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de su propiedad aunque con la obligación de darle un determinado destino”

³⁸ No se puede centrar la diferenciación exclusivamente en la burla del destino pactado, pues en la apropiación indebida se produce una verdadera expropiación, en tanto que si se ha realizado una inversión diferente a la obligada en la creencia de que va a ser mucho más rentable que ésta, lo que no se confirma *a posteriori*, no podemos hablar de apropiación indebida sino de administración desleal, en su caso.

Por otra parte, doctrina reiterada en el perfil de su razonamiento lo ha sido, a su vez, la afirmación de que “si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos –**exceso extensivo**- estaríamos ante un delito de apropiación indebida, exceso extensivo que conlleva de suyo, como entendemos, el enriquecimiento injusto, propio o de terceros y la consiguiente permanencia en la privación de la disponibilidad del titular a que se venía refiriendo el TS, fundamento jurisprudencial principal en la actualidad; y cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador –**exceso intensivo**- operaría el tipo penal del art. 295”. Así pues:

“Otras veces el alcance de la extralimitación de un administrador en la utilización de un poder ha servido a esta Sala para ubicar las conductas punibles en el ámbito específico del delito de apropiación indebida o en el tipo societario de administración fraudulenta; de tal modo que si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos –exceso extensivo- estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida, y cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador –exceso intensivo- operaría el tipo penal del art. 295 (SSTS 462/2009, de 12-5; 623/2009, de 19-5; 47/2010, de 2-2; y 707/2012, de 20-9, entre otras)”³⁹.

Siendo éste el panorama que presentaba la relación entre ambos delitos, con numerosos pronunciamientos que, en última instancia, estaban necesariamente vinculados y eran dependientes unos de otros, y con los que ha pretendido afinar la diferenciación entre ambos, nos situamos a continuación en el momento actual, ante la reforma legislativa procedente de la Ley 1/2015, para analizar las repercusiones de tal ley, a la vez que la adecuación del pensamiento penal y de las resoluciones jurisprudenciales al nuevo escenario legal.

III. LA SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DE 30 DE MARZO DE 2015.

Establecido lo anterior, comenzaremos con una serie de interrogantes, a la luz de la legislación resultante de la reforma de 2015: ¿Es posible sostener y aplicar las argumentaciones esgrimidas por el TS sobre la base de la anterior legislación a la nueva regulación? ¿Se ha producido exclusivamente un cambio formal, de manera tal que la apropiación indebida y la administración desleal van a seguir teniendo el mismo campo de actuación cada una de ellas? ¿Ha conseguido el legislador su propósito de diferenciar la apropiación indebida en su modalidad de “distracción” – nominalmente desaparecida- de la administración desleal, o sólo se ha producido un cambio de ubicación de esta última? Y por tanto ¿Ha sido en vano la creación de una sección específica en el ámbito de la defraudaciones para contemplar el delito de administración desleal referido ahora tanto al administrador de persona física

³⁹ STS 414/2016, de 17 de mayo (RJ 2016/2252).

como al administrador de persona jurídica? ¿Ha habido algún cambio sustancial, más allá de incluir al administrador de persona física junto al de persona jurídica como sujeto activo del delito de administración desleal? y por último ¿Qué queremos que se castigue en el artículo 252, situaciones de gestión desleal, de gestión fraudulenta, o ambas?

1. Principales cambios de la regulación resultante de la Ley 1/2015.

El origen de la disyuntiva que tenemos frente a frente, *apropiación indebida versus administración desleal*, trae su causa originaria, como ya ha sido dicho, de la duplicidad que ha irradiado el delito de apropiación indebida del artículo 252 anterior a la reforma de 2015 por lo que a las conductas en él tipificadas se refería: “*apropiarse y distraer*”⁴⁰. La diferenciación entre ambos términos generó, como sabemos, una corriente interpretativa que permitió dar contenido al artículo 252 englobando en él tanto los comportamientos propios de la apropiación indebida, como los de la modalidad de administración desleal que no tenían acomodo en el delito del artículo 295 por haberse dado al dinero recibido un destino diferente al pactado, habiéndose producido una apropiación del mismo, en beneficio propio o de terceros.

Sin embargo, y pese a la reforma resultante de la Ley 1/2015, ésta, en lo que respecta al delito de administración desleal, adolece de la exactitud y precisión que hubiera sido necesaria, así como de la solidez que el estado de la cuestión habría requerido, vista la extensa jurisprudencia sobre la materia, de modo que su redacción presenta cierta tibieza y más de una debilidad; en definitiva, el legislador ha sido poco contundente si pretendió integrar los casos de abusos de administradores que actuaban en su beneficio o en el de tercero, pues la dicción del precepto no contempla expresamente ello, limitándose a tipificar simple y llanamente conductas de *excederse en las facultades*, con **perjuicio** para el patrimonio administrado, mientras que la redacción anterior (art. 295) sí lo mencionaba, y la actual del delito de apropiación indebida también exige que tal apropiación sea “para sí o para un tercero”. Ello puede llevarnos a interpretar que el vigente art. 252 se limita al

⁴⁰ STS 384/2013, de 30 de abril (RJ 2013/3726): “Según la jurisprudencia de esta Sala, en el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernible: la que consiste en la “**apropiación**” propiamente dicha y la legalmente caracterizada como “**distracción**”. La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas –expresamente o por extensión– en el art. 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de la propiedad aunque **con la obligación de darle un determinado destino**”. Y señala, además, sobre la distracción, que “la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio –puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada– sino **en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto**”

exceso intensivo sin beneficio personal alguno, lo que supondría, por consiguiente, que éste se castigara actualmente en mayor medida que antes de la reforma de 2015⁴¹, no obstante lo cual, tal sentido está en contradicción con su actual ubicación sistemática (defraudaciones), lo que se comentará a lo largo de este trabajo.

Las principales novedades, no pocas, han sido las siguientes:

Respecto de la *apropiación indebida*:

1. En cuanto a la sistemática, la creación de una nueva sección, la Sección 2.^a bis, para la apropiación indebida, comprendiendo dos preceptos, el 253 y el 254.

2. En lo que concierne a la redacción de la misma, concretamente del art. 253.1, presenta los siguientes cambios:

a) Desaparece la conducta típica de “*distracción*”.

b) La apropiación, que queda como conducta única del tipo, lo ha de ser “*para sí o para un tercero*”, esto es, en beneficio personal propio o ajeno, precisión antes inexistente.

c) La desaparición del “*activo patrimonial*” como objeto material del delito.

d) La subsistencia del “*dinero*” como posible objeto material del delito.

e) La desaparición de la “*administración*” como título traslativo de la posesión o de la propiedad, en su caso.

f) La referencia expresa al “*depósito, comisión o custodia*” (antes, depósito, comisión o administración), como títulos hábiles para el ejercicio de las facultades que los mismos otorgan sobre el objeto recibido.

g) Se mantiene la fórmula general y de recogida “*cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos*”.

h) Mantiene la remisión a los preceptos de la estafa para su punición (arts. 249-250), pero incluye la reseña de que será así “*salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código*”.

La *administración desleal*, en su nuevo destino, muestra igualmente sustanciales modificaciones. Expuestas escuetamente, son las siguientes:

1. En primer lugar, en cuanto a sistemática, el cambio de ubicación, pasando de los delitos societarios (Capítulo XIII del Título XIII –Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico–) a una sección específica, la 2.^a, del Capítulo VI, esto es, el capítulo de las defraudaciones, también del Título XIII.

2. Por lo que se refiere a su redacción:

a) El sujeto activo pasa de ser el administrador de hecho o de derecho o los so-

⁴¹ Advierte así BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI)”, *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, dir. Morillas Cueva, L., Madrid, 2016, pág. 548: “Ante esta “objetivación” del tipo, ajena a la estructura de los demás delitos de enriquecimiento que, directa o indirectamente exigen un ánimo de lucro (la obtención de un beneficio ilícito propio o de tercero), el tipo se abre a la provocación de un resultado doloso eventual por una negligente asunción de operaciones de riesgo con el patrimonio ajeno no dirigidas a obtener un beneficio propio o ajeno, lo que deja excesivamente abierto el ámbito típico”.

cios de una sociedad constituida o en formación, para comprender como círculo de posibles infractores a todo aquél que tenga “*facultades para administrar un patrimonio ajeno*”.

b) Se especifica el origen de dichas facultades de administración: “*emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*”.

c) Se suprime la exigencia de que actúe en beneficio propio o de tercero, y se sustituye por causar “un perjuicio al patrimonio administrado”, esto es, se pone el acento en el resultado para el administrado. No establece qué tipo de perjuicio, pero parece obvio que será económico porque la condena se modula en función de ello, de manera que si no llega a 400 euros, la pena es de multa (art. 252.2).

d) La conducta típica ha pasado a ser *infringir* las facultades de administración “*excediéndose en el ejercicio de las mismas*”, lo que plantea dudas sobre si puede seguir considerándose como abuso intensivo, o se trata de abuso extensivo, o de ambos.

e) El castigo de la conducta también se hace por vía de remisión a las penas de la estafa (arts. 249-250), con lo que se equipara a efectos punitivos con la apropiación indebida.

Por último, tanto en la apropiación indebida, como en el nuevo delito de administración desleal se diferencia, en atención al perjuicio patrimonial causado, la gravedad de la conducta, imponiendo en ambos casos idénticas penas de multa de uno a tres meses si el perjuicio lo ha sido de hasta 400 euros (arts. 252.2 y 253.2).

El debate, que en cierta medida pudiera resultar estéril desde el punto de vista práctico teniendo en cuenta que las penas que se imponen en ambos casos son las mismas, no lo es tanto para el estudioso y para el exhaustivo y minucioso aplicador de la ley. Además, tampoco lo será teniendo en cuenta que el legislador olvidó actualizar la redacción del artículo 269 para hacer aplicable la disposición sobre el castigo de actos preparatorios comunes a la administración desleal⁴², a no ser, que no lo creemos, que no pretendiera extender dicha disposición a este delito⁴³.

2. Las consecuencias de la nueva ubicación del delito de administración desleal

Comenzando por el aspecto formal de la regulación, y en concreto, por su ubicación sistemática, ésta tiene una gran trascendencia al ser un dato relevante a considerar para la interpretación del precepto (criterio lógico-sistemático)⁴⁴, y creemos

⁴² Artículo 269. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

⁴³ Y también, como señala GILI PASCUAL, Antonio, “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, dir. González Cussac, J.L., Valencia, 2015, pág. 779, la simetría se altera “por la previsión de subsidiariedad que contiene el art. 253 a favor del precepto que eventualmente castigue los hechos con pena más grave”.

⁴⁴ Como señala MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Sistema de Derecho Penal, Parte General, Fundamen-

que el legislador tenía que haber tenido claro el contenido que pretendía dar al precepto para decidir su emplazamiento, lo que dudamos que haya sucedido, pues, si por un lado, su situación refleja que se trata de una defraudación (Capítulo VI), por otro, mantiene su *nomen iuris* de “desleal”, y una cosa es ser un administrador **fraudulento** (me quedo con los bienes que tendría que administrar) y otra diferente es ser un **mal** administrador, aun con responsabilidad penal también en este caso.

En nuestra opinión, la ubicación sistemática del nuevo precepto de administración desleal no es la más acertada; excesivamente forzada, a nuestro juicio, entre el delito de estafa y el de apropiación indebida. En principio, y no sólo por tradición histórica en la codificación, sino por la propia conexión entre ambos, éstos deberían de haber seguido emplazados uno a continuación del otro; pero no se trata únicamente de la relación entre dichos preceptos, pues el que la administración desleal se integre en el campo de las defraudaciones implica un trascendente cambio en su valoración, al que dudamos que el legislador haya querido derivar, pues su comprensión como una gestión abusiva de la que resulta un perjuicio para el administrado ya no podrá tener cabida en él, y su interpretación, atendiendo a su nueva consideración como “defraudación”, tendrá que orientarse en ese sentido, esto es, como un fraude –lo que no se ve correspondido con la redacción que presenta, como veremos-, por lo que, de ser así, habría que dejar, en consecuencia, las administraciones fraudulentas como objeto único de este delito, castigando, por consiguiente, como *administración desleal* del 252 las actuaciones falaces (excesos extensivos) que supongan un enriquecimiento propio o de terceros, esto es, en similares términos al resto de las defraudaciones del Capítulo VI (estafa, apropiación indebida y defraudación de fluido eléctrico y análogas), quedando, pues, descartado el genuino sentido del delito de administración desleal, que se vería desposeído de su esencia y origen, que no era constituir una defraudación engañosa –ni así se ha interpretado a lo largo del tiempo-, sino una gestión desleal, tal y como reza su propia rúbrica, pues “desleal”, *strictu sensu*, no significa “fraudulento” (aun cuando también es desleal quien ejecuta un fraude en perjuicio de otro que confiadamente le ha encomendado la administración de sus bienes).

Dejando de lado el debate que algunos autores han planteado a propósito de la idoneidad y oportunidad de la *administración desleal* como tipo penal (nos referimos a la gestión desleal exclusivamente), -principio de intervención mínima⁴⁵, y

tos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal”, Madrid, 2016, pág. 215, “por medio de él se indaga el sentido de la norma jurídica atendiendo al emplazamiento sistemático y al contexto donde se encuentra ubicada, sacando las conclusiones lógicas oportunas”.

⁴⁵ Así, como ha señalado GONZÁLEZ RUS, cit., pág. 517, al respecto de la regulación anterior a 2015: “(...) se corre el riesgo muy serio de confundir la verdadera apropiación indebida con la simple “mala” administración, que, a mi juicio, no debe constituir delito ni siquiera cuando sea gravemente negligente; para eso están los ilícitos civiles”, a lo que añade la advertencia, realizada con toda razón en relación con la jurisprudencia sobre la materia, de que “el delito acaba dependiendo de que la coyuntura económica, la recuperación de los mercados o el buen fin de las inversiones hechas, permitan o no devolver a los inversores el total del dinero recibido”.

partiendo de la situación que tenemos frente a frente, entendemos, por nuestra parte, que la *administración desleal*, sin acudir siquiera a la interpretación que los tribunales han hecho de la misma a lo largo de los años antecedentes desde 1995 y que lo había sido, no como fraude, sino como mala gestión, (a pesar de que la dicción del art. 295 estaba más en la línea del fraude⁴⁶), no es, en esencia, y atendiendo a su flamante redacción, una “defraudación”, a pesar de que sistemáticamente haya entrado a formar parte de las defraudaciones en la legislación vigente, conclusión a la que pretendemos llegar.

¿Cuál debería de haber sido su situación, entonces, si no se quería mantener en el marco de los delitos societarios dada la ampliación del círculo de afectados, comprendiendo no sólo a la persona jurídica, sino también a la física? Con carácter previo hay que advertir que un elevado número de estos comportamientos tienen lugar en el ámbito de la gestión empresarial, necesariamente de personas jurídicas, por lo que creemos que dicha figura, referida al sector societario, debería de haberse mantenido parcialmente allí, esto es, en relación con el administrador de tales entidades, tenida en cuenta, además, la diferencia con el administrador de persona física en cuanto a la dimensión y trascendencia pluripersonal de sus actuaciones de gestión⁴⁷. En este orden, y como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “aunque es admisible que se intente regular un delito de administración desleal no societaria, el legislador debería pensar si tiene sentido hacer desaparecer la modalidad societaria (donde quiera que debiera ubicarse), entre otras razones porque tal vez en ella se proteja, además del patrimonio, algún que otro interés supraindividual cuya salvaguarda podría debilitarse con la nueva regulación”⁴⁸.

⁴⁶ Art. 295 anterior a la reforma de 2015. “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

⁴⁷ Así también, MORALES PRATS, cit., pág. 708, claramente en las conclusiones de su trabajo: “Lo anterior no debería haber implicado la supresión del art. 295 CP, por cuanto deja huérfano al capítulo de delitos societarios de su figura central”. *Por el contrario*, a favor de la supresión de la administración desleal del ámbito societario, MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “La Administración Desleal en el Proyecto de Código Penal de 20 de septiembre de 2013”, *Aranzadi Instituciones*, 13 de diciembre de 2016, pág. 7: “Por otra parte parece acertado suprimir la administración desleal como una modalidad de delito societario, ya que ésta puede llevarse a cabo en el entorno de una sociedad o simplemente en la administración de un patrimonio ajeno al margen de aquélla, (...)”.

⁴⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 10, No.83, julio-diciembre 2014, Universidad EAFIT, Medellín, pág.19. Clara y extensamente a favor del delito societario, FARALDO CABANA, cit., pág. 420 y ss., para quien la tipificación expresa del mismo como tipo especial y más grave de administración desleal estaría justificada, ya por el interés general en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, ya por la amplia regulación de deberes y obligaciones de los administradores de sociedades frente a la escueta regulación del Código civil sobre la administración de bienes ajenos. En el mismo sentido favorable a un tipo (agravado) societario, junto al genérico de administración desleal, GILI PASCUAL, cit., pág. 770 y 782, aunque, como señala, con la legislación actual, una única herramienta genérica habrá de servir para dar respuesta a ambas situaciones, recurriendo a las agrava-

De no hacerlo así y querer aunar, como ha hecho la reforma de 2015, al administrador de la persona física y al de la persona jurídica, creemos que su emplazamiento tendría que haber sido en capítulo aparte, tras las “Defraudaciones”, *próximas a ellas, pero no como ellas*, como círculos tangentes, pues, que diría el Tribunal Supremo⁴⁹, sin anexionar tal conducta al marco patrimonial defraudatorio, -porque la administración desleal, como intentaremos hacer ver, no está configurada como una defraudación, aunque tenga perspectiva de delito patrimonial-, otorgándole campo de actuación autónomo, comprendiendo con dicha independencia todo lo que pueda suponer una administración desleal desde el punto de vista del bien jurídico a proteger, que no tendría que ser en todos los casos *puramente* patrimonial y sin contaminación con ningún otro bien jurídico, aun cuando este otro no tenga, lógicamente, el peso de aquél.

3. Conductas de administración desleal y límites con el delito de apropiación indebida

Cabe a continuación tratar el aspecto más dificultoso de esta temática, ¿Qué comportamientos deben ser incluidos en el nuevo delito de administración desleal? ¿Sigue compartiendo espacio con la apropiación indebida para castigar ciertas conductas realizadas por administradores desleales?

Comencemos por los mismos términos que adjetivan el delito de apropiación del 253 y el delito de administración del 252: “indebida” y “desleal”.

Desleal es quien obra sin lealtad (RAE), siendo la lealtad, en primera acepción de la RAE, el “Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien”. Por su parte, *indebido*, además de significar “Que no es obligatorio ni exigible” (RAE), es: “Ilícito, injusto y falta de equidad” (RAE). Vemos, en una primera aproximación, que hay una frontera que marca la diferencia entre ambos adjetivos; la *deslealtad* alude a leyes de fidelidad, honor, en incluso se atreve con el calificativo de hombre de bien, esto es, se ciñe a aspectos propios de la moralidad del ser humano, moralidad que, evidentemente, por sí sola no puede convertirse en ilícito penal; sin embargo, *lo indebido* pasa a un estadio de superior gravedad, ya versa sobre la ilicitud, la injusticia, además de falta de equidad.

ciones por razón de la cuantía o del número de afectados, en su caso. Así también, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro (1)”, *Diario La Ley*, (La Ley digital), Nº 8290, Sección Doctrina, 10 de abril de 2014, pág.12, quien indica las singularidades del delito societario de administración desleal, tanto en relación con el bien jurídico, como con el tipo objetivo y el tipo subjetivo, concluyendo que “Ninguna de estas características se ven colmadas con el proyectado delito patrimonial de administración desleal de patrimonios ajenos, (...)”.

⁴⁹ En contra, evidentemente, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015: “Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigida por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática exigían tal decisión”.

Cierto es que ello es sólo lo que dice el diccionario de uso común del lenguaje, que no tiene que coincidir fielmente, como es obvio, con el sentido jurídico de los términos, pero nos permite reflexionar sobre por qué el legislador en un caso utiliza la deslealtad como calificativo de la administración (también podría haber dicho administración indebida o administración fraudulenta), y en el otro –apropiación– recurre a lo “indebido”, lo “no debido”, lo que “no se debe hacer”, y no a “lo que no está bien hacer de conformidad con las normas de fidelidad”. Este mismo sentir es el que ha venido reflejando básicamente el TS en su larga y prolija trayectoria sobre el delito de administración desleal, aproximando los comportamientos que tienen que ser castigados en virtud de este precepto a una deslealtad con entidad suficiente como para entrar a formar parte de un código de normas jurídicas (jurídico-penales), y no sólo éticas, en tanto que cuando tal administración adquiere el rango de fraudulenta, engañosa, falaz, y con el consiguiente aprovechamiento lucrativo, nos adentramos en el campo de una apropiación que manifiesta signos de mendacidad dolosa, y que muestra síntomas de trasgresión de las más elementales normas de convivencia: *me apropio de lo que no es mío*, a diferencia de *soy un nefasto administrador o gestor de los bienes que han dejado a mi cargo, causando perjuicio al administrado*.

Reconducir todos los actos realizados por el administrador, sea cuales sean, y sin diferenciación alguna entre ellos, al ámbito del vigente art. 252 por el mero hecho de que el legislador de 2015 haya creado una sección específica para este delito aunando tanto al gestor que lo es de persona física como de persona jurídica, sin diferenciar *ni descriptiva ni penológicamente* la entidad y diversidad de los comportamientos que éste pueda ejecutar rompe, a nuestro juicio, el equilibrio propio del principio de proporcionalidad y el rigor que ha de presentar un código penal democrático. No es lo mismo el administrador que despoja a la empresa de sus bienes en beneficio personal o en el de terceros, que el administrador que no tiene como meta apropiarse o enriquecerse personalmente con los bienes que administra, pero que por su mala gestión empresarial lleva a la entidad a la ruina; no es lo mismo, pues, hacer gestiones para quedarme con el dinero de la sociedad, que administrarla inadecuadamente, con una inadecuación tal, eso sí, que quede de lado la responsabilidad de otro orden jurídico, para entrar en el campo de la ilicitud penal. En consecuencia, y a la vista del precepto en liza, no creemos que se pueda hacer una interpretación tan simplista ni entender que la administración desleal deba de ser el cajón de sastre de todos los comportamientos del administrador, porque no todos requieren la misma consideración -además de que la nueva redacción, no obstante elevar las penas, parece castigar conductas que están a caballo entre el derecho mercantil y el derecho penal, por lo que hay que evitar a toda costa la incriminación de comportamientos que no tengan la relevancia suficiente desde el punto de vista jurídico-penal-.

La reciente reforma de 2015 no ha eliminado de la dicción del art. 253 la referencia al dinero, lo que ha levantado las suspicacias de quienes veían resuelto con el nuevo delito de administración desleal la relación entre ambos tipos, pues eliminado el bien monetario de la apropiación indebida, poco margen de actuación quedaba para la ubicación de todos los comportamientos de administración que tenían como sustrato la apropiación del mismo, esto es, habrían de reconducirse al art. 252 vigente. En este sentido, señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Lástima que en relación con la “apropiación indebida de dinero” no haya estado más acertada la reforma”⁵⁰. Nosotros nos manifestamos en sentido inverso, esto es, gracias a que el “dinero” no ha sido suprimido del delito de apropiación indebida (tampoco lo ha sido la fórmula de recogida *cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos*, lo que nos permite incluir aquí a la administración⁵¹), podemos diferenciar de los comportamientos abusivos de enriquecimiento *indebido* –injusto- a costa de los bienes de la sociedad (verdadera defraudación), el resto de actuaciones del administrador *desleal*⁵².

Pero es más, si revisamos la redacción del derogado delito societario del art. 295 que tipificaba la administración desleal, advertimos que en ella el administrador actuaba, amén de con abuso de las funciones propias de su cargo, “*en beneficio propio o de tercero*”, exigencia que no presenta el vigente art. 252 y que sin embargo sí integra uno de los requisitos de la nueva redacción del delito de apropiación indebida del 253 (“se apropiaren para sí o para un tercero”); esto es, en sentido estricto, si el lucro indebido se ha producido en beneficio del autor o de un tercero, por una gestión fraudulenta, el tipo que debe calificar los hechos ha de ser, creemos, el de apropiación indebida.

⁵⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, cit., pág. 171. *En contra* de la supresión del “dinero” en el delito de apropiación indebida, NIETO MARTÍN, Adán, “Administración desleal”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma de 2012*, dir. Álvarez García F.J., Valencia, 2013, pág. 792, pues el “dinero” en la apropiación indebida permite castigar como tal los casos en los que el dinero recibido tiene un destino concreto, por ejemplo, se entrega dinero para que se compre un solar determinado. A favor del “dinero” en el delito de apropiación indebida, también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “El delito de administración desleal de patrimonio ajeno”, Valencia, 2016, pág. 67.

⁵¹ Ya MAGALDI PATERNOSTRO, María José, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo I, dir. Córdoba Roda, J.-García Arán, M., Madrid, 2004, señalaba que: “Lo que determina la naturaleza del negocio jurídico no es la fungibilidad o no del objeto, sino la naturaleza del título, y el precepto legal es en ese punto taxativo: títulos que generen la obligación de devolver. Y desde luego lo son la administración, la comisión (mandato) y el depósito (irregular), (...)”. *En contra*, SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, “El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas”, *La Ley Penal*, (La Ley digital), N° 121, Sección Estudios, del 1 Jul. al 1 Ago. 2016, La Ley 5973/2106, pág. 13, para quien la administración es un título excluido del art. 253. A favor también de la supresión de la administración del delito de apropiación indebida, NIETO MARTÍN, cit., pág. 792.

⁵² Dice así la STS 18/2016, de 26 de enero (RJ 2016/1629): “La admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar a hora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP”.

Sin embargo, y en contra de ello, también se podría argumentar que la exégesis comparativa entre el desaparecido art. 295 y el actual art. 252 nos conduce, *a priori*, a pensar que el 252 abarca todo, pues tiene como única exigencia típica que perfila y describe la conducta el “*exceso en las facultades de administración*” (obviamente que cause un perjuicio al patrimonio administrado, perjuicio que evidentemente también se produce cuando el dinero va al patrimonio personal del administrador o de terceros, según requería el extinto art. 295), es decir, es *más castigador*, por decirlo de alguna manera, pues no limita la tipicidad del mismo sólo a los supuestos en los que se haya obtenido un *lucro ilícito personal o en beneficio de terceros* como, insistimos, si demandaba el derogado 295, perspectiva que también recoge el TS en sentencia 220/2016, de 15 de marzo (RJ 2016/974), la que señala que las conductas que antes encontraban acomodo en el art. 295 son subsumibles ahora en el art. 252, aunque “en éste se haya ampliado el ámbito de la conducta típica y, consiguientemente se exijan menos requisitos que en aquél”⁵³ - como ya se ha dicho, por su redacción parece estar entre dos aguas, el Derecho mercantil y el penal-. Es más, el anterior art. 295 incluso exigía literalmente que se dispusiera “*fraudulentamente*” de los bienes de la sociedad (o contraer obligaciones a cargo de ésta), -lo que no precisa el vigente art. 252⁵⁴-, a pesar de lo cual, el TS, en su jurisprudencia consolidada, y alejada ya del criterio del concurso de normas entre éste y la apropiación indebida, entendió, en una muy benévola interpretación de los más significativos términos típicos de este precepto (“en beneficio propio o de tercero”, “dispongan fraudulentamente”) que:

“en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación

⁵³ Como señala dicha sentencia, en el vigente art. 252 puede ser sujeto activo todo aquél que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno, con independencia de quien sea su titular; no se exige que se actúe en beneficio propio o de tercero, sino que basta que resulte un perjuicio para el patrimonio administrado; no se limita la conducta a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contracción de obligaciones a cargo de ésta y hasta desaparece la mención a que el perjuicio sea evaluable. En la doctrina, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, cit., pág. 79, expone, sobre tal redacción, que “queda abierta la posibilidad de castigar las meras infracciones de conducta del administrador y, consiguientemente, de acabar sancionando una genérica falta de lealtad o de probidad en el administrador”, siendo así, que habría sido preferible optar por la caracterización contenida en el derogado delito societario del art. 295. CASTRO MORENO, Abraham, “Comentarios prácticos al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Arts. 234-318 bis. Tomo III”, dir. Gómez Tomillo, M., Pamplona, 2015, pág. 204, advierte también la amplitud con la que se ha configurado este delito.

⁵⁴ Así también, la citada sentencia 220/2016, de 15 de marzo (RJ 2016/974): “en éste no se estrechan los límites de la conducta típica, sino que, al contrario, se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea un administrador de hecho o de derecho, de una sociedad, por lo que puede serlo todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular; no se exige que se actúe en beneficio propio o de tercero, sino que basta con que de la infracción de las facultades resulte un perjuicio para el patrimonio administrado; no se limita la conducta típica a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contracción de obligaciones a cargo de ésta; e incluso desaparece la mención a que el perjuicio sea evaluable.

de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves –de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 CP”⁵⁵.

Asimismo, y abundando en la idea de la mayor intensidad punitiva de la regulación del delito de administración desleal resultante de la reforma de 2015, recordemos que las penas de éste se han equiparado a las de la apropiación indebida, y volviendo sobre lo dicho, no es lo mismo la gestión desleal que la gestión fraudulenta o indebida.

En conclusión, estamos ante un precepto, el 252, que objetivamente parece ir mucho más allá en la criminalización de ciertas conductas que el anterior delito de administración desleal del art. 295, bajo cuyo amparo, si no se producía el beneficio propio o de terceros, no era de aplicación, debiendo derivarse a la vía mercantil para exigir responsabilidad jurídica. Ahora mismo, tal y como está redactado el artículo 252, sólo es exigible *excederse en el ejercicio* de las facultades de administración y *causar un perjuicio* a la sociedad que, por otra parte, no se dice que tenga que ser de naturaleza económica, lo que, no obstante, puede concluirse por vía de su relación con el párrafo segundo del precepto que diferencia la pena en atención a si el perjuicio “*patrimonial*” (aquí sí lo especifica) supera o no los 400 euros⁵⁶. Pero aun asumiendo que el art. 252 comprende la gestión, ya sea con enriquecimiento personal como sin él, pero con perjuicio para la sociedad, todavía habría que resolver si ese “excederse en las facultades de administración” abarca tanto los casos que el TS ha calificado como de excesos intensivos –gestor desleal-, como los llamados excesos extensivos –gestor fraudulento-, hasta el momento penados como apropiaciones indebidas⁵⁷. Pues bien, todo depende de la acepción que se otorgue al

⁵⁵ Así, por todas, STS 700/2016, de 9 de septiembre (RJ 2016/4411). Recuerda además: “Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias de su cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado”.

⁵⁶ Sobre la caracterización del perjuicio, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, cit., págs. 91 y ss. También GILI PASCUAL, cit., págs. 776-777.

⁵⁷ En el *Anteproyecto de reforma del Código Penal* (también en el Proyecto de 2013), se recogían dos apartados diferentes en el delito de administración desleal, siguiendo el *modelo alemán*, además de un tipo agravado y otro atenuado. Al respecto, y atendiendo a la redacción de los dos primeros apartados, señala MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “El nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, (La Ley digital), Nº 8046, Sección Doctrina, 19 de marzo de 2013, Ref. D-105, La Ley 1642/2013, pág. 6: “Cabe entender, como hace la Fiscalía General del Estado, que el apartado 1 de nuestro futuro art. 252 tipificaría el exceso extensivo, fuera de lo permitido por las facultades del sujeto, a diferencia del apartado 2, que contemplaría el exceso intensivo por la actuación desleal o infiel dentro de aquellas competencias”. El texto finalmente aprobado es prácticamente el mismo que el correspondiente al apartado 1 del proyectado art. 252. Sobre ello, entiende MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, cit., pág. 78, que no podía admitirse el apartado 2, figura de deslealtad, muy criticada por la doctrina alemana por su amplitud, y cuestionada incluso su constitucionalidad.

verbo que contiene la tipicidad penal: “excederse”. Al respecto, MORALES PRATS, señala que: “ahora el delito de administración desleal del art. 252 CP viene a recoger las conductas de abuso extensivo en el desarrollo de las facultades del administrador, con lo cual, indica: “vendría a impugnarse la jurisprudencia que reservaba esta modalidad de abuso (exceso extensivo) para el delito de apropiación indebida”. Señala además, que: “La nueva redacción del art. 252 CP deja abierto el interrogante de si caben en el mismo los meros abusos intensivos, es decir, los llevados a cabo dentro de los límites procedimentales de las funciones del administrador (exceso funcional teleológico), que había delimitado la jurisprudencia para diferenciarlos de los abusos extensivos incardinables en la apropiación indebida”. Y concluye al respecto, que puede haberse provocado el efecto de destipificación del abuso intensivo por parte del administrador por cuanto el tipo reclama una infracción de las facultades conferidas al administrador por exceso en el ejercicio de las mismas, lo que, a su juicio, parece encajar con los abusos extensivos que había identificado la jurisprudencia para el delito de apropiación indebida⁵⁸.

En esa línea se muestra gran parte de la Exposición de Motivos de la reforma, pero no toda, generando una visión poco clara de la misma. Así, si por un lado, el Preámbulo de la Ley 1/2015 indica que:

“por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza *actuaciones para las que no había sido autorizado*⁵⁹, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”⁶⁰.

⁵⁸ MORALES PRATS, cit., págs. 706-707. En sus conclusiones destaca críticamente la equiparación de pena entre apropiación indebida y administración desleal para el caso de que no hayan quedado despenalizados los abusos intensivos, aunque, a su juicio, la inserción en el art. 252.1 CP de la modalidad de abuso extensivo por distracción del patrimonio ajeno “abonarí la tesis de que en el art. 251.1 CP solo se ha querido incriminar abusos de mayor desvalor (abusos extensivos), y si esta fuera la interpretación la equiparación punitiva entre los delitos previstos en los arts. 252 y 253 habría cobrado sentido”. CASTRO MORENO, cit., pág. 205, sin embargo, señala que: “Por ello, en la nueva redacción típica, el delito no debe limitarse a las conductas de exceso intensivo ni extensivo, debiendo abarcar ambas. De este modo, el término “exceso” debe referirse a cualquier “infracción” del empleo de las facultades de administración, ya sea de los límites internos, ya externos”. Así también, GALLEGU SOLER, José Ignacio y HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “Actividad económica y delitos patrimoniales”, *Manual de Derecho penal económico y de empresa*, Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Tomo 2, dir. Corcoy Bidasolo, M.-Gómez Martín, V., Valencia, 2016, pág. 279: “En el nuevo delito de administración desleal **tendrán cabida la práctica totalidad de conductas que hasta la presente fecha se consideraban jurisprudencialmente como gestión desleal** incardinadas en la apropiación indebida en su modalidad típica de “distracción” (anterior 252) como las que lo eran en el societario de administración fraudulenta (derogado 295)”.

⁵⁹ El énfasis es de la autora para remarcar que se trata de actuaciones no autorizadas, esto es, de excesos extensivos.

⁶⁰ Antes de ello, dice así la Exposición de Motivos: “La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie”.

Y manifiesta también:

“Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal”.

Sólo hace falta leer uno de los anteriores párrafos para advertir cierta contradicción, pues en el que se cita a continuación se recoge una aclaración que orienta la comprensión del precepto en la acepción del *mal administrador*, en el sentido jurídico-mercantil del término, y no del administrador fraudulento, cuando incide en la recta actuación de aquél, al señalar que:

“A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, *salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante*”⁶¹.

No obstante esta última afirmación, creemos que las intenciones del legislador se orientan en orden a extraer del campo de la apropiación indebida las actuaciones del administrador anteriormente castigadas como tales, esto es, las del administrador fraudulento, que se incorporarían al nuevo art. 252, pues la redacción tan genérica de éste parece convertirlo en un saco en el que todo cabe, lo que no nos convence, pues tan laxa redacción no debe abarcar comportamientos de diversa índole si no se quieren ocasionar desigualdades en la respuesta penal a conductas diferentes. De este modo, una interpretación extensiva del mismo nos llevará a aceptar como administración desleal todo un variado grupo de situaciones, tanto de abusos extensivos como de deslealtades (abusos intensivos), que no son homogéneas, motivo por el cual, tendrían que tener una diferente consideración⁶².

Según nuestro criterio, por tanto, el actual delito de administración desleal no debe cubrir aquellos supuestos en los una gestión engañosa o fraudulenta enriquece al sujeto activo de la misma, es decir, que la conducta descrita como “excediéndose en el ejercicio de las mismas”, no debe interpretarse en sentido horizontal (exceso extensivo), sino en sentido vertical (exceso intensivo), y queramos o no, si el administrador enajena un bien de la sociedad e ingresa el dinero de la venta en su

⁶¹ El énfasis es de la autora.

⁶² Sobre la amplitud del mismo, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2016, pág. 415, pone su atención en los términos “facultad para administrar”, que vinieron a sustituir la “facultad para disponer” del Anteproyecto, sobre lo que entiende que se produce una apertura tal que “aboca a una indeterminación global sobre el ámbito de lo prohibido penalmente”. Advierte, además, que podría darse entrada a conductas de *infidelidad*. En igual sentido, extensamente, GILI PASCUAL, cit., pág. 774.

cuenta particular, o traspasa el dinero de las cuentas de la sociedad a la suya propia, o utiliza el dinero de la sociedad para acondicionar fastuosamente su vivienda o abonar la factura de un lujoso viaje, o hace uso de una tarjeta de crédito para pagar sus gastos personales y/o los de su familia (exceso extensivo que conlleva apropiación definitiva), esto no puede ser una mera mala o desleal administración con consecuencias también penales (exceso intensivo que no supone apropiación definitiva); eso, entiendo, tiene que seguir siendo considerado y calificado como una apropiación indebida de ese dinero o de esos bienes de los que en virtud del cargo que ostenta y de su facilidad para acceder a los mismos se ha apropiado, actuando al margen de su función de administrador, esto es, *no está administrando bienes, se está quedando con ellos*.

En dicha línea parece manifestarse el TS en su última jurisprudencia, que ha mantenido la calificación de apropiación indebida de dinero en diversas y ya numerosas sentencias que se han dictado tras la entrada en vigor de la reforma del año 2015. Desde luego, hay que decir que uno de los argumentos esgrimidos es puramente utilitario y pragmático, -se mencionó más arriba-, referido a la laguna legal que se produciría ante la revisión de sentencias y la imposibilidad de aplicar retroactivamente el nuevo delito de administración desleal, por su diferente ubicación, y por tanto, concepción del mismo y no haber sido objeto de acusación⁶³, aunque alguna resolución no plantea problema en redireccionar la calificación por el anterior art. 295 al actual art. 252⁶⁴. La STS 163/2016, de 2 de marzo (RJ 2016/788), cuyos argumentos se recogen por la STS 414/2016, de 17 de mayo (RJ 2016/2252), y a la que también remite la STS 700/2016, de 9 de septiembre (RJ 2016/4411), deja clara la posición del alto tribunal al respecto, el cual, en poco varía su doctrina, pese al cambio legislativo operado por la Ley 1/2015. Curiosamente, da las vueltas a las intenciones del legislador, evidenciadas en la Exposición de Motivos de la Ley antes referida, la cual trataba, aun de manera confusa, de disipar las dudas en la relación entre apropiación indebida y administración desleal y desgajar a aquélla de toda referencia al administrador, y lleva a su terreno la finalidad de dicha reforma, afirmando que ésta lo que ha hecho ha sido precisamente recoger en la ley lo que había sido la doctrina jurisprudencial:

“En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el deli-

⁶³ “y siendo así que la conducta específica de “distracción” ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento” (STS 700/2016, de 9 de septiembre –RJ 2016/4411–). También, con idénticas palabras, la anterior STS 163/2016, de 2 de marzo (RJ 2016/788).

⁶⁴ Así, la ya citada STS 220/2016, de 15 de marzo (RJ 2016/974): “Del examen de ambas redacciones resulta sin dificultad que las conductas que antes encontraban acomodo en el artículo 295, pueden subsumirse ahora en el art. 252”.

to de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio (RJ 2015,3592). En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y **la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes**, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253”⁶⁵.

En palabras de la posterior sentencia 700/2016, de 9 de septiembre (RJ 2016/4411), resolviendo las diferencias entre uno y otro precepto, dice así:

“conviene subrayar que la acción que tipifica el nuevo art. 253 del C. Penal se centra en la ejecución de actos apropiatorios (“se apropiaren para sí o para un tercero”) de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble; mientras que la conducta nuclear que se tipifica en el art. 252 consiste en infringir las facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas”⁶⁶.

Interesante, en la misma línea, es también el argumento de la STS 165/2016, de 2 de marzo, la cual señala lo siguiente:

“Por lo tanto, según recordamos en la sentencia 476/2015, de 13 de julio, *no apreciamos en el presente caso solamente una administración o gestión desleal*, es decir, la conducta de un administrador que administra o gestiona el patrimonio de un tercero causándole dolosamente un perjuicio. Es algo más, diferente y, en principio de mayor gravedad, pues *aunque incurra también en deslealtad como administrador o gestor*, la conducta del acusado Patricio Justo, con quien cooperó el recurrente, consiste aquí en abusar de su cargo para hacer suyo con vocación defini-

⁶⁵ Transcripción literal. La negrita es de la propia sentencia 163/2016, de 2 de marzo (RJ 2016/788).

⁶⁶ Visto lo cual, continúa la sentencia, “y dado que los acusados ejecutaron en el presente caso inequívocos actos apropiatorios con fines de lucro personal con respecto al dinero de la entidad que administraban, no puede afirmarse que incurrieran en meros excesos de sus facultades de administración ni en meros abusos en el ejercicio de sus competencias, pues en la sentencia recurrida se afirma que los condenados urdieron un plan para beneficiarse con cuantiosas sumas de dinero correspondientes a la sociedad que gestionaban, formalizando para ello unos nuevos contratos de alta dirección a pesar de conocer la situación de práctica insolvencia de los dos entidades que se fusionaron en Nova Caixa Galicia. Esta conducta ha de ser calificada por tanto como de apropiación indebida y no como de administración desleal”.

tiva lo que pertenece al titular del patrimonio que administra o gestiona⁶⁷.

Se invoca precisamente en ésta uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para diferenciar la apropiación indebida de la administración desleal, argumento que abunda en la diferencia entre “apropiación definitiva” propia de la apropiación indebida, y la no definitiva, característica atribuida a la administración desleal, o sea, al fin y al cabo lo que ha expresado como la llegada al llamado “punto sin retorno”, o “punto de no retorno”, es decir, la imposibilidad de *entregar o devolver* las cantidades que constan como desaparecidas, o que no constan en el haber de la entidad por causa de las maniobras realizadas por el administrador⁶⁸.

Tras lo dicho, y en aras a una adecuada calificación jurídica de los hechos, habría que preguntarse ¿hasta cuándo hay que esperar el retorno para tipificar como apropiación indebida o hacerlo como administración desleal? Si el dinero ha pasado a las cuentas personales, parece evidente que poco retorno se puede esperar, pero si no es así, y subsiste la *duda* sobre la posibilidad de que se produzca dicho reembolso del dinero *mal administrado* e incluso *desaparecido*, al menos transitoriamente, la calificación habrá de ser de administración desleal, en línea con lo que ha venido señalando la última jurisprudencia⁶⁹.

En consecuencia, el administrador que hace suyo el patrimonio administrado o parte de éste, ya sea de forma directa, ya del dinero procedente de ventas, o ya por mor de actuaciones o negocios que constituyen un fraude o engaño para los objetivos (y los beneficios) del administrado -sea persona física o jurídica-, obteniendo en todo caso un enriquecimiento personal (propio o ajeno), incurre en un delito de apropiación indebida, no pudiéndose hablar de exceso intensivo, sino de actuación al margen de sus estrictas funciones, con la doble característica reseñada del enriquecimiento, por un lado, y el perjuicio al patrimonio del administrado, por otro, además del elemento subjetivo presente (ánimo de apropiación), produciéndose la

⁶⁷ El énfasis es de la autora. Los hechos consistieron en la apropiación de más de 20 millones de euros pertenecientes al grupo empresarial guipuzcoano ASEDIR, con la iniciativa e intervención del director general financiero del grupo, que actuó en connivencia con otras personas ajenas a la empresa, quienes recibieron en sus cuentas bancarias el dinero que salía de aquella y después le daban curso en circuitos económicos lícitos.

⁶⁸ Sobre la obligación de *entregar o devolver* esos bienes, matizar que el legislador debía de haber incorporado la modalidad de “**conservar esos bienes**” (además, por supuesto, de la negativa de haberlos recibido que sí recoge el precepto), de modo que pudiera comprender casos como el del administrador que enajena bienes muebles de la empresa y se hace con el dinero obtenido, ingresándolo en su cuenta, bienes que pertenecían a la entidad administrada y debía de mantenerlos a disposición de la misma.

⁶⁹ Así, STS 244/2016, de 30 de marzo (RJ 2016/1142): “así como en la apropiación de cosas no fungibles la incorporación al patrimonio ajeno es instantánea exteriorizador del *animus rem sibi habiendi*, en la distracción de dinero se requiere que se dé un destino distinto y definitivo, de suerte que hasta que ese destino no se ha objetivado cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero, que no supusiera el despojo definitivo del mismo por parte del infractor hasta que no se haya superado lo que se denomina el “punto de no retorno” que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la apropiación en sentido propio”. En los mismos términos, STS 216/2016, de 15 de marzo (RJ 2016/975).

consumación con la adscripción a su patrimonio de los bienes de la sociedad. Mientras que si el administrador gestiona mal dentro del ámbito de sus competencias (exceso o abuso intensivo) causando un perjuicio al patrimonio que administra, nos encontraremos ante el delito de administración desleal del art. 252 vigente⁷⁰.

No obstante esta conclusión, coincidente con la que viene sosteniendo el TS, y acorde con el sentido del término “desleal” que sigue manteniendo el Código penal, es una solución que no nos acaba de convencer por dos razones. En primer lugar, porque está en contradicción tanto con la sistemática del precepto (defraudaciones), como con la elevación de la pena del delito de administración desleal, que se ha hecho coincidir con la de la apropiación indebida, con la consecuencia de que ha venido a equiparar a efectos punitivos comportamientos de muy diferente gravedad. Y en segundo lugar, porque, como también se ha venido sugiriendo a lo largo de este escrito, se podrán castigar con tan graves penas comportamientos que bien podrían ser contrarrestados con sanciones extramuros del Derecho penal⁷¹.

Por lo dicho, entendemos que si el legislador quiere seguir manteniendo el delito de administración desleal en el Código penal, con campo de actuación propio para castigar determinados comportamientos ejecutados por los administradores, sean de persona física o de persona jurídica, y de especial gravedad en relación con ilícitos de naturaleza civil o mercantil, éste debe quedar fuera del marco de las defraudaciones –tal y como se ha expuesto anteriormente-, ajustando las penas a la menor gravedad de aquél en relación con comportamientos defraudatorios de apropiación de los bienes. De lo contrario, la Administración desleal debe interpretarse como defraudación por parte del administrador, quedando desligada de la apropiación indebida y despenalizando los abusos intensivos, pues no es de recibo que se considere que tanto éstos como los extensivos han de castigarse en igual medida, para lo cual, sería absolutamente necesario revisar la actual redacción con el fin de que dejara de tener tan amplio margen⁷².

⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, cit., págs. 61 y ss y pág. 67, reserva para el delito de administración desleal “las conductas desleales del administrador, que, si bien no consisten en una auténtica apropiación, (no suponen unos usos dominicales ilícitos), son capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado”, mientras que caracteriza la apropiación indebida con la integración del “dinero”, del título de “administración”, y de la posibilidad de que sea en beneficio de persona diferente al administrador, consistiendo en una conducta apropiatoria que debería ser sancionada con pena superior a la administración desleal. Vid. propuesta de *lege ferenda* de este autor en pág. 119.

⁷¹ Vid. *supra*, nota 45, a propósito de la opinión al respecto de GONZÁLEZ RUS. En la misma línea y sobre la nueva regulación, GONZÁLEZ CUSSAC, cit., pág. 412: “La decisión de crear un tipo genérico de administración desleal comporta un alto riesgo de colisión con la normativa extrapenal, singularmente con la civil. El riesgo se incrementa si el tipo penal no posee criterios cualitativos y cuantitativos que permitan trazar la delimitación nítida con el ilícito civil. Este paso arriesgado lo ha dado el legislador con el art. 252. Ahora corresponde a la jurisprudencia la difícil misión de evitar su expansión aplicativa, mediante la sanción de infracciones leves y con ello el vaciamiento de las normas de responsabilidad civil, mercantil y administrativa”.

⁷² Así, MORALES PRATS, vid. *supra* nota 58.